

**“ABORTO. PLANEJAMENTO FAMILIAR.
ASPECTOS JURÍDICOS. CONFERÊNCIA SOBRE
POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO.
(CAIRO, SETEMBRO DE 1994)”***

Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida

*Professora Doutora da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Procuradora do Estado*

Excelentíssimo Senhor Doutor Rubens Approbato Machado,
Digníssimo Presidente do Instituto dos Advogados de S. Paulo,

1. Honra-nos esta nobre Instituição ao designar-nos para compor a Comissão *Temas Atuais*, presidida pelo Dr. Félix Ruiz Alonso, que visa a prolatar parecer sobre aspectos jurídicos de algumas questões a serem discutidas na Conferência sobre População e Desenvolvimento, que se realizará em setembro de 1994, no Cairo.

* Parecer dado ao Instituto dos Advogados de São Paulo, com membro da Comissão *Temas Atuais*.

2. Restringimo-nos à questão do aborto; matéria correlata a tema de minhas pesquisas científicas constantes, desde 1982, ou seja, direitos do nascituro.

3. Cumpre salientar, primeiramente, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º., *caput* consagra o direito à vida como direito e garantia fundamental, qualificando-o como inviolável.

4. Enfatize-se que o inciso XXXVIII do mesmo artigo mantém a instituição do júri para os crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto.

5. É oportuno frisar que, quando das discussões que se travaram na Constituinte de 1987/1988, os diversos Anteprojetos que antecederam o texto final da Constituição vigente, ora consagravam a proteção jurídica da vida, expressamente desde a concepção (Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher-Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), ora pretenderam fazê-lo apenas a partir do nascimento com vida (Parecer e Substitutivo da mesma Comissão, artigo 3, inciso I, *a*), que resultou em Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização- artigo 12, I, *a*), conforme expusemos em nosso artigo *O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituindo*, in “O Direito de Família na Constituição de 1988”, coord. Carlos Alberto Bittar) 1ª. ed., Saraiva, 1989, páginas 39/52.

6. No primeiro Substitutivo do Relator (artigo 6º., *caput*), suprimiu-se a expressão *desde o nascimento com vida*, protegendo-se genericamente o direito à vida, sem se aludir a partir de qual momento, texto esse que prevaleceu na redação final do *caput* do artigo 5º. da Constituição Federal.

7. A respeito dos debates realizados durante a Constituinte de 1987/1988, José Afonso da Silva in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª. ed., RT, 1989, p. 181, detectou três tendências:

“Uma queria assegurar o direito à vida desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vetando nem admitindo o aborto. Mas

esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós nos parece que no feto já existe vida humana.”

8. Concordamos com o preclaro jurista quando afirma que a Constituição parece não admitir o aborto, o que decorre de sua análise sistemática. O inciso XXXVIII do artigo 5º. reconhece a instituição do júri, com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui aborto. Assegura, ainda, a licença-gestante com duração de cento e vinte dias (artigo 6º., XVII, *a*), proteção à maternidade, especialmente à gestante (artigo 201, II e 203, I) com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro. Invoque-se, ainda, acórdão lapidar do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo - prolatado aos 14 de setembro de 1993, na Apelação Cível nº. 192.648-1, por votação unânime, pelos ilustres Desembargadores Renan Lotufo (Relator), Luís de Macedo (Presidente sem voto), Guimarães e Souza e Alexandre Germano, com votos vencedores, *in* Revista do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo nº. 150/90-96 - que, ao reconhecer a possibilidade de ação de investigação de paternidade em favor de nascituro, analisa a proteção da vida intra-uterina pela Constituição Federal.

9. Outrossim, parece-nos que ela ampara a anticoncepção e não o aborto, ao prever no artigo 226, § 7º., com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar como livre decisão do casal, vedada ingerência de qualquer forma coercitiva, por parte de instituições oficiais ou privadas.

O aborto não se inclui nas formas ou meios de planejamento familiar ou método de controle da fecundidade - daí o esforço para aprová-lo como tal na Conferência sobre População e Desenvolvimento, em setembro p.f., no Cairo, tendo sido repudiado, como tal, na Conferência Preparatória da América Latina, realizada no período de 29 de abril a 4 de maio de 1993, no México.

10. O início da vida é uma questão jurídica que deve, no entanto, socorrer-se da Biologia, com ênfase à Genética. Entre os grandes mestres desta Ciência, permitimo-nos alicerçar-nos no eminente cientista, consagrado mundialmente, Professor Jérôme Lejeune, de

saudosa, mas para sempre perene memória - de cuja perda prematura a Humanidade para sempre ressentir-se-á - especialista em Genética Fundamental e Professor da Universidade René Descartes, de Paris, autor de inúmeras obras, entre as quais destacamos *Genética Humana e Espírito* - conferência prolatada no Senado Federal, no dia 27 de agosto de 1991, Edição do Senado Federal, Brasília, 1992 - *L'Enceinte Concentrationnaire d'après les minutes du procès de Maryville* - Editions Le Surment, Fayard, Paris, 1990. Enfatizamos também a participação do ilustre geneticista na Audiência Pública sobre Problemas Jurídicos e Éticos da Genética Humana, com especial referência aos problemas relacionados com a *engenharia genética*, destinada a fundamentar as Resoluções do Parlamento Europeu sobre o assunto.

11. Conforme demonstra o ilustre Professor Lejeune, a carga genética já está plenamente diferenciada desde a fecundação, não se confundindo com a do pai nem com a da mãe. O desenvolvimento do nascituro em qualquer dos estágios - zigoto, mórula, blástula, embrião pré-implantatório, embrião e feto - representa apenas um *continuum* do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto.

12. No mesmo sentido, os consideranda que embasaram a Recomendação nº. 1.046/86 nº. 5 do Conselho da Europa:

Fin dalla fecondazione dell'ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicché no si possono fare distinzioni durante le prime fase del suo sviluppo.

Na Recomendação nº. 1.100/89, nº. 7, o mesmo Conselho enfatiza:

L'embrione umano pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione, pre-implantatorio, embrione, feto) manifesta comunque una differenza progressiva del suo organismo e, tuttavia, mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica.

13. Em igual diretriz, o entendimento do biólogo José Botelha Lluza, no prólogo do livro *Derecho a la Vida e Institución Familiar*, Eapsa, Madrid, 1979.

14. Parece-nos, pois, sempre atual, a lição de Tertuliano: *homo est qui est futurus, etiam fructus omnis iam in semine est*.

15. Cumpre salientar que, no nosso modo de ver, e segundo o método lógico sistemático de Hermenêutica, o artigo 4º. do Código Civil consagra a teoria concepcionista, pois, embora consigne na primeira parte que a personalidade civil começa a partir do nascimento com vida, na segunda parte estabelece que a lei põe a salvo, desde a concepção, os *direitos* do nascituro.

16. Mencionado artigo, além de aludir expressamente à *concepção*, não prevê expectativas de direitos ao nascituro, mas, sim, *Direitos*, que efetivamente lhe são outorgados: o de ser reconhecido como filho (artigo 357, parágrafo único), de ser adotado (artigo 372), de ser representado (artigo 462 *caput*, cc 384, v), de ter curador (458 e 462), de receber doação (1169) e herança (1778), podendo entrar na posse dos bens herdados ou doados, demonstrada a concepção, através do atestado médico de gravidez (artigos 877 e 878 do CPC).

17. Além do *status* - atributo da personalidade de filho, desde a concepção (artigos 357, parágrafo único, 458 e 462) a hermenêutica atesta que o artigo 4º. não é taxativo quanto aos direitos do nascituro por não empregar palavras restritivas, mas, ao contrário, referir-se genericamente a *direitos do nascituro* (a respeito do assunto, invocamos nosso artigo *O nascituro no Código Civil e no Direito Constituindo*, supracitado).

18. Com base em tal entendimento, outros direitos são reconhecidos ao nascituro como o direito a alimentos, com a finalidade de proporcionar-lhe e à mãe, a adequada assistência pré-natal, visando ao nascimento com vida. Sobre o assunto, consulte-se nosso artigo *Direito do Nascituro a Alimentos - do Direito Romano ao Direito Civil*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n°. 34, pp. 169-184 e Revista de Direito Civil n°. 54, pp. 52-60. Com fundamento no Direito Romano, através dos vários textos de Ulpiano, demonstra-se que ao nascituro era reconhecido direito a alimentos, como direito próprio, desde a concepção (D. 37,9,1). Esclareça-se que o texto isolado, do mesmo jurista Ulpiano, no Digesto, citado aleatoriamente em alguns trabalhos jurídicos - *partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum* - concerne à defesa do interesse da mulher e do nascituro frente ao marido, conforme demons-

tra, com proficiência, o Professor Titular de Direito Romano da Universidade de Roma - La Sapienza, Pierangelo Catalano, em trabalhos específicos: *Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito LatinoAmericano*, in Revista de Direito Civil nº. 45/7-15 e *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano* (da Giuliano a Teixeira de Freitas) in *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, nº. 1/88. Nas mesmas obras, o eminente romanista leciona que o texto de Papiniano - *partus, nondum editus homo non recte fuisse dicitur*- refere-se à avaliação, não só econômica, do parto da escrava.

19. Ao contrário de considerar o nascituro como parte do corpo da mãe, os diversos textos do Digesto atribuem-lhe a titularidade de direitos desde a concepção. É de se observar que já na Antigüidade Grega o nascituro assim era considerado, anotando Louis Sébag - *La Condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Ed. Recueil Sirey, Paris 1938 - que Plutarco demonstra que Lycurgue foi considerado rei, após a morte de Polydecte, apenas enquanto se ignorou que a rainha estivesse grávida. Tomando-se conhecimento da gravidez, Lycurgue administrou o reino apenas na qualidade de tutor (confronte-se a obra de Plutarco, *Vie des hommes illustres. Lycurgue*, III, t. 1, p. 84, Garnier édition.).

20. A tradição jurídica expressa na Antigüidade Grega e, mais solidamente no Direito Romano, cujos ensinamentos se consolidam no Digesto, demonstra que o nascituro é pessoa desde a concepção, o que se coaduna com as lições da Genética. Assim, ao definir-se o momento em que a vida começará a ser protegida, a lei deverá basear-se na tradição jurídica - que encontra respaldo na legislação de todas as nações cultas que reconhecem o nascituro como titular de direitos - e no que a Ciência demonstra e afirma, sob pena de dar-se relevo à ficção e romper-se com as raízes romanísticas de nosso Direito Civil.

21. A tomada de posição quanto ao aborto só pode ser em sentido negativo, pois a Constituição Federal, interpretada sistematicamente, protege a vida desde a concepção, com reflexos na legislação ordinária civil que reconhece direitos ao nascituro a partir deste momento. É de se indagar se a Constituição não protege a vida desde a concepção e, como consequência, por incompatibilidade, descriminaliza

o aborto amplamente, por que juristas de escol não sustentaram tal tese, sem necessidade de se socorrer de futura reforma penal?

22. É de se enfatizar que constitui cláusula pétrea todo o disposto sobre direitos e garantias individuais, de interpretação não-taxativa, alcançando os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (§ 2º. do artigo 5º. da Constituição Federal). Entre estes, invocamos o artigo 4º. § 1º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº. 678, de 6.11.92, segundo o qual toda pessoa tem direito à vida, que deve ser protegida desde a concepção.

23. Concluímos, assim, que a posição favorável ao aborto, na Conferência sobre População e Desenvolvimento, a ser realizada no Cairo, em setembro de 1994, como método de planejamento familiar bem como para quaisquer fins - é inconstitucional por afrontar os diversos artigos que protegem a vida desde a concepção e ilegal por afrontar o Código Civil - que, atribuindo direitos ao nascituro, reconhece-lhe, automaticamente, sua personalidade - e o Código Penal que considera o aborto como crime, excepcionando os casos expressos em que exclui a penalidade, mas não a antijuridicidade. Somente através de mudança da própria Constituição - incabível processo legislativo através de Emenda, por se tratar de cláusula pétrea, conforme artigo 60, § 4º., inciso 4 - é que se poderia admitir, apenas, em tese, para argumentar, a descriminalização do aborto. Não, porém, sob a ordem jurídica vigente.

24. Cumpre salientar que os poucos e não adequadamente divulgados debates que antecederam o Documento preparatório à Conferência do Cairo (vide ficha técnica constante *in fine* no Relatório do Brasil para a Conferência em tela, datado de dezembro de 1993), não tiveram a participação de órgãos jurídicos da sociedade civil, residindo nesta omissão a inconsistência jurídica da tomada de posição que pretende firmar. É de se salientar que os diversos projetos de lei que descriminalizam o aborto, total ou parcialmente, há décadas vêm sendo discutidos - e sistematicamente arquivados - a demonstrar que assunto tão polêmico e que, na ordem constitucional vigente, afronta a Lei Maior - conforme sustentam, ainda, os ilustres constitucionalistas Ives Gandra da Silva Martins *in Aborto Eutanásia e Pena de Morte*, artigo publicado na Folha de S. Paulo, aos 30 de setembro de

1991, pp. 1-3 e Celso Bastos in *Projeto para a Conferência do Cairo*, artigo publicado em *O Estado de S. Paulo*", 1º. de julho de 1994- não pode ser objeto de decisão isolada e autoritária por parte de quem represente nosso país. A Constituição Federal, inclusive o processo legislativo que ela disciplina, devem ser inteiramente respeitados. Neste sentido, aguardamos que esta nobre Instituição manifeste-se perante o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, bem como perante a sociedade civil.

25. É nosso parecer, que submetemos à elevada consideração do Conselho desta nobre e respeitável Instituição, muito bem presidida por Vossa Excelência.

São Paulo, agosto de 1994.